

## Sommaire\*

Conseil d'Etat (XII<sup>e</sup> chambre) – n° 208.513

28 octobre 2010

**I. Conseil d'Etat - Compétence – Marchés publics - Attribution – Conseil d'Etat - Intérêt – Intérêt à la suspension – Acte détachable – Marché conclu sans violation du délai d'attente – Répartition des compétences entre le juge judiciaire et le Conseil d'Etat.**

**II. Marchés publics - Attribution – Attribution multicritères – Procédure négociée – Choix de la méthode de comparaison des offres – Pouvoir d'appréciation.**

### **Observations.**

*1. Le Conseil d'Etat peut difficilement contester à une partie requérante l'intérêt de suspendre l'exécution d'une décision d'attribution, pour le seul motif que le juge ordinaire ne pourrait plus suspendre le marché ou le déclarer dépourvu d'effets dès lors que le marché paraît avoir été conclu sans violation du délai d'attente. Ce pouvoir d'appréciation est en effet confié au juge ordinaire par la loi précitée du 23 décembre 2009 et il revient à ce juge de décider, le cas échéant, si le marché, lorsqu'il est conclu, peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets. En jugeant d'emblée qu'un soumissionnaire non retenu n'a pas d'intérêt à poursuivre la suspension de l'exécution de la décision d'attribution puisque le marché a été conclu et que celui-ci est désormais intangible en vertu de l'article 65/21 de la loi du 24 décembre 1993, comme sollicité dans l'exception, le Conseil d'Etat anticiperait l'appréciation qui doit être effectuée par un autre juge et s'arrogerait un pouvoir juridictionnel qu'il n'a pas. Le Conseil d'Etat anticiperait ainsi la façon dont l'article 65/21 précité et le renvoi qu'il contient au « droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution » doivent être appliqués par l'instance de recours compétente.*

*En ce sens, il n'est pas non plus établi que la partie requérante, pour le seul motif que le marché a été conclu, n'est plus susceptible d'avoir intérêt à la suspension de l'acte détachable qu'est la décision d'attribution. Le Conseil d'Etat peut en effet difficilement prévoir les conséquences que le pouvoir adjudicateur attachera à une telle suspension, y compris lorsque le marché est déjà conclu. Les problèmes qui pourraient en découler semblent être dus à la propre décision de la partie adverse, puisqu'elle choisit de ne pas respecter de délai d'attente, alors qu'elle paraissait annoncer un tel délai dans son courrier du 8 septembre 2010 à la partie requérante.*

*2. Le pouvoir adjudicateur jouit, dans l'appréciation du contenu des offres et dans leur confrontation aux critères d'attribution, d'un large pouvoir d'appréciation et le Conseil d'Etat ne peut se substituer à l'administration et modifier lui-même le classement. Ceci n'est toutefois pas de nature à faire échapper l'appréciation du pouvoir adjudicateur au contrôle de légalité du Conseil d'Etat. Le Conseil peut ainsi notamment vérifier si l'appréciation a été effectuée avec le soin requis et si elle repose sur des motifs suffisamment explicites et probants. Il s'impose en outre de considérer que le choix de ce qui constitue pour lui la meilleure méthode d'appréciation des critères d'attribution relève du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, même si ce pouvoir d'appréciation est limité par les principes de bonne administration et par ce que le pouvoir adjudicateur a lui-même prévu dans son cahier spécial des charges. Le Conseil d'Etat ne peut déterminer la méthode de comparaison des offres en lieu et place de l'administration, mais peut uniquement contrôler la légalité de la méthode utilisée, plus particulièrement la mesure dans*

*laquelle celle-ci pourrait empêcher l'appréciation égale des offres et ne permettrait donc pas de désigner l'offre la plus avantageuse.*

*J.L.M.B. 11/134*

## *Observations*

**L'arrêt SA Spatial intelligence Genuine & Généric Solutions : une nouvelle étape dans le contrôle de la passation des marchés publics par le Conseil d'Etat.**

### ***1. Introduction***

La loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 a retenu l'attention de la doctrine<sup>1</sup>. Transposant la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* du 20 décembre 2007, avec trois jours de retard, son entrée en vigueur, le 25 février 2010, confronte les praticiens à de nouvelles difficultés.

Si la maîtrise de la nouvelle terminologie (autorité adjudicatrice, candidat concerné, soumissionnaire concerné) et les clarifications apportées aux obligations de motivation et d'informations sont particulièrement éclairantes pour les praticiens, les choix procéduraux sont plus complexes à opérer. En effet, la loi introduit de nouveaux recours, une nouvelle clé de répartition de compétence entre le Conseil d'Etat et les juridictions ordinaires et, de nouvelles sanctions.

Si le principe du délai d'attente entre la décision d'attribution et sa notification à l'adjudicataire n'est pas neuf<sup>2</sup>, l'articulation de ce dernier avec les voies de recours est désormais plus complexe.

Les recours qui peuvent être intentés sont plus nombreux. A côté des recours bien connus en annulation, en suspension et en dommages et intérêts, le recours en déclaration d'absence d'effets du contrat figure au rang de nouveautés.

Les juges intervenants dans le contrôle de la passation des marchés publics restent le Conseil d'Etat et les juridictions ordinaires selon une nouvelle clé de répartition. Le Conseil d'Etat est désormais exclusivement compétent pour suspendre et annuler les décisions prises par des autorités adjudicatrices au sens de l'article 14 des lois coor-

---

<sup>1</sup> Voy. notamment, A.L. DURVIAUX, " Conclusions générales du colloque du 5 février 2010 relatif à l'attribution de marchés publics et exigence européenne de recours efficaces ", *Entr. et dr.*, 2010, p. 201- 233; Le nouveau régime contentieux des marchés publics après la loi du 23 décembre 2009 ; E. THIBAUT, S. WAUTHIER, *Chronique des marchés publics 2010* ; V. DOR et C. DE KONINCK, *Les recours juridiques en matière de marchés publics*, Kluwer, 2010.

<sup>2</sup> Il a été introduit par la loi-programme du 9 juillet 2004 et était une réponse à la jurisprudence *Formanova* (C.E., n° 87.983 du 15 juin 2000). Par cet arrêt rendu en assemblée générale, le Conseil d'Etat avait refusé de prononcer la suspension de l'exécution de la décision d'attribution lorsque le marché était conclu puisque le préjudice difficilement réparable était réalisé.

données sur le Conseil d'Etat. Les juridictions judiciaires sont compétentes pour les recours en suspension *et en annulation* des décisions prises par des autorités adjudicatrices qui ne sont pas des autorités administratives<sup>3</sup> et pour la déclaration d'absence d'effet du contrat.

La loi du 23 décembre 2009, supprime la condition du préjudice grave difficilement réparable pour obtenir la suspension d'une décision d'attribution du marché devant le Conseil d'Etat. En contrepartie, ce dernier doit opérer une balance des intérêts avant de suspendre, si le requérant établit l'existence de moyens sérieux, soit ceux susceptibles de conduire à l'annulation de l'acte attaqué.

De nouveaux liens sont tissés entre la suspension de la décision d'attribution par le Conseil d'Etat et la suspension du contrat, puisque l'une, prononcée par les juridictions judiciaires ou le Conseil d'Etat, entraîne l'autre dans certaines circonstances<sup>4</sup>.

Pour les violations les plus graves<sup>5</sup> et à la suite de la jurisprudence de la Cour de justice<sup>6</sup>, toute personne intéressée peut intenter une action en déclaration d'absence d'effets qui selon l'appréciation du juge et les circonstances peut entraîner l'annulation avec ou sans effet rétroactif de toutes les obligations contractuelles<sup>7</sup>, accompagnée d'une pénalité financière<sup>8</sup>. Si la déclaration d'absence d'effets n'est pas prononcée en raison du caractère véniel de la violation, le juge judiciaire peut encore se tourner vers les sanctions de substitution<sup>9</sup>.

Reste encore à préciser que le législateur belge est allé au-delà de ce qu'exigeait la transposition de la directive, en introduisant un système spécifique de protection juridictionnelle pour les marchés publics passés sous les seuils européens<sup>10</sup>.

En réalité, le degré de complexité du contrôle juridictionnel de la passation des marchés publics s'est accru, l'efficacité recherchée s'en trouvant menacée.

L'arrêt n° 208.513, rendu par le président de la douzième chambre le 28 octobre 2010 (*SA Spatial intelligence Genuine & Généric Solutions / Etat belge*), l'illustre à souhait.

D'une part, le Conseil d'Etat conçoit très largement l'intérêt du requérant à la suspension de la décision d'attribution alors que le contrat est déjà conclu, sans violation ni du délai d'attente et en dépit que le juge judiciaire ne semble pas *a priori* compétent pour ordonner la suspension du contrat ou la déclaration d'absence d'effet<sup>11</sup>.

D'autre part, le contrôle exercé sur le caractère sérieux du moyen par le Conseil d'Etat en extrême urgence se révèle d'une redoutable efficacité.

---

<sup>3</sup> Article 65/24.

<sup>4</sup> Dans les conditions énoncées par l'article 65/13.

<sup>5</sup> Article 65/17.

<sup>6</sup> CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-503/07, *Commission / R.F.A.*

<sup>7</sup> Article 65/19.

<sup>8</sup> Article 65/22

<sup>9</sup> Article 65/22.

<sup>10</sup> Pour une critique, voy. A.L. DURVIAUX, " Conclusions générales du colloque du 5 février 2010 relatif à l'attribution de marchés publics et exigence européenne de recours efficaces ", *op. cit.*, p. 201- 233, spéc. p.225-228.

<sup>11</sup> Les chambres francophones se sont prononcées dans le même sens, voy. notamment C.E., n° 209.651 du 9 décembre 2010, *Cornez, Simonet / Ville de Mons*.

Dans ces conditions, les suspensions prononcées par la haute juridiction administrative devraient se multiplier vu la disparition de l'obstacle que constituait la démonstration d'un préjudice grave difficilement réparable.

## **2. Les faits**

Les faits à la base de l'arrêt sont relativement simples. Après avoir tenté d'attribuer un marché relatif à un logiciel d'analyse de risques par appel d'offres et en l'absence d'offre régulière reçue, le Service public fédéral Intérieur a décidé de ne pas attribuer le marché et de relancer une procédure négociée sans publicité sur la base de l'article 17, paragraphe 2, d, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Le cahier spécial des charges relatif à cette seconde procédure (n° IBZ/ACDV/TF/003) prévoyait une méthode de comparaison des offres basées sur des critères pondérés, avec un système d'appréciation reprenant quatre niveaux de qualité « *plutôt mauvais* (-), *satisfaisant* (+), *bon* (++) et *très bon* (+++) ». Une première offre suivie d'améliorations et précisions ont été déposées par deux soumissionnaires.

Le marché a finalement été attribué au soumissionnaire qui avait remis une offre pour un montant de 935.340 euros, TVA non comprise, sur la base d'une décision reprenant les appréciations respectives des deux offres par rapport aux critères repris dans le cahier spécial des charges.

Alors qu'elle n'était pas tenue au respect du délai d'attente, puisque la procédure d'attribution était une procédure négociée sans publicité, le pouvoir adjudicateur a renvoyé aux articles 65/14, 65/15 et 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 et à la possibilité d'introduire devant le Conseil d'Etat « un recours en suspension dans un délai de quinze jours calendriers » et/ou un recours en annulation dans les soixante jours, dans son courrier d'information, tout en procédant à la notification de l'approbation de l'offre en vue de conclure le marché avec l'adjudicataire.

Après avoir décidé de l'application de la nouvelle loi du 23 décembre 2009, l'invitation à remettre une offre ayant été adressée après le 25 février 2010, le Conseil d'Etat, tout en rappelant que la démonstration de l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable n'était plus requise pour obtenir la suspension selon une procédure en extrême urgence, va examiner, d'une part, la recevabilité du recours et, d'autre part, l'existence d'un moyen sérieux.

## **3. L'intérêt au recours en dépit de la notification légale du marché**

Comme il fallait s'y attendre, la partie adverse a tenté de soulever une exception d'irrecevabilité tenant dans la circonstance que le marché avait été conclu, n'étant pas soumis à un délai d'attente<sup>12</sup> et, au demeurant, ne devant pas faire l'objet d'une publicité européenne puisque passé en application de l'article 17, paragraphe 2, d, de la loi du 24 décembre 1993. Dans pareilles circonstances, l'article 65/21 de cette loi semble en effet faire obstacle à ce que le marché puisse être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par les juges judiciaires puisqu'il n'autorise l'action que dans l'hypothèse du marché qui a été conclu sans respecter le délai d'attente ou passé à tort, sans mesures de publicité européennes. La partie requérante ne soutenait pas en l'espèce que le fondement de la procédure négociée était illégal.

---

<sup>12</sup> En vertu de l'article 65/12 de la loi du 24 décembre 1993.

Le Conseil d'Etat va rejeter le raisonnement et l'exception.

En effet, tout en admettant, d'une part, que le marché pouvait être conclu sans respecter le délai d'attente, d'autre part, que la suspension de la décision d'attribution ne pouvait entraîner la suspension de l'exécution du contrat, l'article 65/13 de la loi du 24 décembre 1993 n'étant pas applicable, et enfin qu'il ne disposait d'aucun pouvoir juridictionnel pour ordonner la suspension d'un contrat, le Conseil d'Etat va admettre l'intérêt de la partie requérante.

Il va justifier cette position par deux considérations. Il soutient qu'il ne peut anticiper, d'une part, l'appréciation confiée par la loi du 24 décembre 1993 au juge judiciaire au sujet de l'éventuelle intangibilité du contrat en pareilles circonstances et, d'autre part, les conséquences que le pouvoir adjudicateur pourrait attacher à une éventuelle suspension de l'acte détachable en dépit de la conclusion du contrat.

Pareille position ne laisse pas de surprendre.

D'une part, l'article 65/21 indique clairement que « *sauf dans les cas prévus aux articles 65/13, 65/17 à 65/20, le marché une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution* ». D'autre part, les hypothèses dans lesquels un marché peut être déclaré dépourvu d'effets, ne sont pas remplies dans le cas d'espèce<sup>13</sup>.

La saisine du Conseil d'Etat dans le cas d'espèce ne posait-il pas avant tout un problème de compétence ? Quel est le sens d'une action préventive – comme le reste le recours en suspension – lorsque le principal effet de la décision, à savoir la notification de celle-ci à l'adjudicataire en vue de conclure le marché, est accompli ? En évitant de soulever le problème de compétence, le Conseil d'Etat met en lumière le caractère inachevé de la réforme opérée par la loi du 23 décembre 2009.

Le législateur a tenté d'organiser un système plus cohérent de voies de recours en conservant l'intervention de deux ordres de juridictions selon un système de distribution exclusive de compétence fondé sur un critère organique : la qualité d'autorité administrative du pouvoir adjudicateur. L'équilibre instauré entre l'exigence d'effectivité des recours et le souci de sécurité juridique semblait impliquer que les marchés ne puissent être suspendus ou annulés que dans des conditions précises et considérées comme particulièrement graves. Ce fragile équilibre n'a pas résisté à la dynamique du conflit.

L'arrêt du Conseil d'Etat fait renaître les controverses doctrinales relatives à la nullité des marchés publics conclus à la suite d'une décision illégale, cette fois en dehors des hypothèses prévues pour obtenir la déclaration d'absence d'effets par la loi du 23 décembre 2009 alors qu'il était raisonnable de penser que cette nullité était précisément devenue impossible en raison de l'existence de ce nouveau recours.

Plus fondamentalement, cet arrêt démontre qu'en dépit des efforts consentis par le législateur, les compétences de deux ordres juridictionnels restent concurrentes plutôt qu'alternatives et complémentaires.

Pour les justiciables, le découpage entre les deux ordres juridictionnels reste très peu efficace. Pour les pouvoirs adjudicateurs, la situation est encore plus délicate puisqu'ils sont confrontés à des suspensions ordonnées par le Conseil d'Etat, sans certi-

---

<sup>13</sup> Article 65/17.

tude que le juge judiciaire puisse, sur saisine d'un tiers, demander l'annulation du marché. Plus fondamentalement, tous les risques du conflit sont exportés sur les pouvoirs adjudicateurs, sans décision coulée en force de chose jugée rendue au fond, ils sont censés tirer les conséquences en matière contractuelle, d'un arrêt rendu en extrême urgence, dans le cadre d'une demande en suspension d'une décision d'attribution. Devrait très vite surgir un nouveau type contentieux, celui qui va se nouer entre les pouvoirs adjudicateurs et les adjudicataires du marché, privés du bénéfice de l'exécution du contrat.

#### ***4. Le contrôle approfondi des motifs de droit et de fait dans le cadre de l'extrême urgence***

Cet arrêt illustre une autre évolution contemporaine de la justice administrative. Sollicités de manière récurrente en extrême urgence, les conseillers d'Etat sont désormais en mesure d'exercer un contrôle approfondi des motifs de droit et de fait dans ce contexte, en dépit de la mise en avant du contrôle marginal qu'ils disent opérer.

C'est bien le cœur de la comparaison des offres qui était critiquée par le requérant dans la présente affaire puisqu'il soutenait que l'appréciation du prix faite par le pouvoir adjudicateur ne lui semblait pas raisonnable, ayant été trop faiblement prise en considération dans la cotation, en dépit des différences quantitatives évidentes.

Le Conseil d'Etat va considérer le moyen comme sérieux en exerçant dans le cas d'espèce un contrôle « marginal ». S'il rappelle que le pouvoir adjudicateur jouit, dans l'appréciation du contenu des offres et dans leur confrontation aux critères d'attribution, d'un large pouvoir d'appréciation et qu'il ne peut se substituer à l'administration et modifier lui-même le classement, le Conseil d'Etat exerce néanmoins un contrôle de légalité. Dans le cas d'espèce, le Conseil d'Etat va se pencher sur les scores attribués à chaque soumissionnaire pour conclure que la manière dont la méthode d'appréciation a été appliquée, paraît avoir eu pour conséquence que deux soumissionnaires obtiennent chacun la même appréciation « bon » pour le sous-critère du « prix de revient », du critère d'attribution « extrêmement important » du « logiciel », en dépit d'un écart de prix absolu de 108.822,02 euros entre leurs offres. Il va critiquer qu'un écart de prix représentant plus de vingt-deux pour cent du prix le plus bas – celui de la partie requérante – ne fasse l'objet d'aucune différence dans l'appréciation. Cela revient à niveler ces écarts alors que la décision attaquée ne contient aucun élément justifiant la raison pour laquelle les deux prix concernés ont obtenu la même appréciation. Le Conseil d'Etat en déduit un défaut de motivation sérieux et va prononcer la suspension de la décision d'attribution.

#### ***5. Conclusions***

Si les plaideurs, las de perdre leur cause en raison de l'obstacle délicat que constituait la démonstration de l'existence d'un préjudice grave difficilement réparable dans le cadre de la passation des marchés publics, s'étaient détournés du 33, rue de la Science, préférant s'adresser avec quelque succès au juge judiciaire, ils accueilleront la nouvelle loi du 23 décembre 2009 avec un certain enthousiasme.

En effet, l'expertise des conseillers d'Etat dans le droit de la passation des marchés publics accumulée depuis la réception de la théorie de l'acte détachable, réception presque contemporaine à la création de l'institution, leur permet d'exercer un contrôle « marginal » approfondi. Les suspensions se multiplieront sans nul doute compte tenu de la complexité croissante du droit des marchés publics.

Cependant, la distribution des compétences juridictionnelles entre le Conseil d'Etat et les juridictions n'est pas définitivement réglée par la loi. L'articulation précise des recours en suspension et du recours en déclaration d'absence d'effets et en annulation du contrat reste complexe. L'arrêt commenté l'illustre à souhait.

Si la théorie de l'acte détachable est d'inspiration française, elle a évolué de manière très différente en Belgique et dans l'hexagone. Par l'arrêt *Société Tropic travaux de signalisation*<sup>14</sup>, rendu en assemblée générale le 16 juillet 2007, le Conseil d'Etat français a admis que tout concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif était recevable à former devant le juge du contrat un recours en pleine juridiction contestant la validité de ce contrat ou de certaines clauses qui en sont divisibles, assorti le cas échéant, de demandes indemnitaires<sup>15</sup>. Ce recours en annulation du contrat doit être introduit dans les deux mois des mesures de publicité appropriées (notamment avis d'attribution) et peut s'accompagner de demande de suspension de son exécution.

Tout concurrent évincé à partir de la conclusion du contrat, puisqu'il dispose du recours en pleine juridiction, n'est plus recevable à demander l'annulation pour excès de pouvoir des actes préalables à la conclusion du marché. Il se voit opposer l'exception de recours parallèle. En France, une grosse partie du contentieux de l'acte détachable devrait disparaître au profit du contentieux de pleine juridiction.

Pour d'autres raisons, le recours pour excès de pouvoir à l'encontre des actes détachables du contrat s'était également ouvert devant le Conseil d'Etat de Belgique parce que les tiers, qui se prétendaient évincés irrégulièrement, n'étaient pas recevables à contester le contrat devant les juridictions ordinaires. C'est précisément sur ce point que le système a profondément évolué. Nul doute qu'il est destiné à évoluer encore à brève échéance.

ANN LAWRENCE DURVIAUX,

Professeur à l'Université de Liège  
Avocat au barreau de Namur

---

<sup>14</sup> Arrêt rendu deux jours avant l'arrêt du 18 juillet 2007 précité de la CJCE.

<sup>15</sup> *R.F.D.A.*, 2007, p. 696 et suivantes, conclusions CASAS ; voy. le numéro spécial de la *R.F.D.A.* de 2007 (n°5) consacré à cet arrêt.